

Inhaltsübersicht	11
I. Der Fall	267
II. Analyse	268
Zusammenfassung der Ergebnisse	271
Literaturverzeichnis	274
Stichwortverzeichnis	298

Inhaltsverzeichnis

Hinführung	19
A. Einleitung	19
B. Gang der Abhandlung	21
<i>1. Kapitel</i>	
Bestandsaufnahme und Problemstellung	24
A. Behandlung der täterbelastenden Rechtsprechungsänderung in der Praxis...	24
I. Rechtsprechung der Fachgerichte	24
1. Anwendung des § 17 StGB	24
2. Konkrete Handhabung	26
a) Grundsätzliche Strenge	26
b) Kriterien der Unvermeidbarkeit bei Rechtsprechungsänderungen	27
c) Widersprüchliche Entscheidungen	29
d) Betonung der subjektiven, tatrichterlich zu beurteilenden Natur des unvermeidbaren Verbotsirrtums	30
e) Relevante Konstellation: Unklare Rechtslage und bedingte Unrechtseinsicht	31
aa) Unterstellte Irrtümer	33
bb) Inkongruenz in Unrechtseinsichts- und Vermeidbarkeits- maßstab	34
cc) Vermengung von Vermeidbarkeit und Zumutbarkeit	34
dd) Ungenauigkeit als Behelf in der Praxis	34
II. Rechtsprechung des BVerfG	35
1. Anwendung des Art. 20 III i. V.m. 2 I GG	35
2. Verknüpfung mit dem Schuldgrundsatz, Art. 1 I, 2 I GG und Rechtsstaatsprinzip	36
3. Andeutungen zu Art. 103 II GG	37
4. Konkrete Handhabung	38
III. Zwischenfazit und Bewertung	39
B. „Juni-Beschluss“	40
I. Hintergrund und weitere Aussagen der Entscheidung	41
1. An den Gesetzgeber gerichtete Anforderungen aus Art. 103 II GG ..	42
2. An die Rechtsprechung gerichtete Anforderungen aus Art. 103 II GG – Bekräftigung bekannter Anforderungen	44

II. An die Rechtsprechung gerichtete Anforderungen aus Art. 103 II GG – Insbesondere Präzisierungsgebot	45
1. Charakteristische Grundpfeiler des Präzisierungsgebots – Erste Annäherung	46
2. Gehalt des Präzisierungsgebots	47
a) Art und Weise der Präzisierung	47
b) Gebot zur Restriktion	51
c) Abgrenzung: Verbot der Erhöhung von Unsicherheiten	57
d) Kontrollkompetenz des BVerfG	59
e) Gehalt als Potenzial oder entfaltete Wirkkraft?	61
3. Hintergrund des Präzisierungsgebots	68
a) Vorbereitung in der Rechtsprechung	68
aa) Einbeziehung einer (ständigen) Rechtsprechung in die Prüfung der Bestimmtheit des Gesetzes	68
bb) Verfassungskonforme Auslegung von Strafgesetzen	72
cc) Prüfung eines Auslegungsergebnisses am Maßstab des Bestimmtheitsgebotes	75
b) Vorbereitung in der Literatur	79
aa) Vorläufer einer aktiven Aufgabenzuschreibung	80
bb) Terminus des „Präzisierungsgebots“	84
c) Innovationsgehalt des Präzisierungsgebotes	85
4. Berechtigung des Präzisierungsgebotes	86
a) Gehaltvolle Interpretation als Voraussetzung einer Berechtigung .	86
b) Präzisierungsgebot und staatliches Kompetenzgefüge	86
aa) Verhältnis von Legislative und Judikative	87
(1) Verhältnis zum an den Gesetzgeber gerichteten Bestimmtheitsgebot	87
(2) Übergriff der Judikative in den Kernbereich legislativer Tätigkeit?	92
bb) Aufgabenverteilung zwischen Fachgerichten und BVerfG ...	96
c) Kompatibilität des Präzisierungsgebotes mit dem deutschen Strafprozess	101
III. Zwischenfazit und Bewertung	103
C. Folgen für die Behandlung der täterbelastenden Rechtsprechungsänderung .	104
I. Keine Zeitenwende in Dogmatik des Art. 103 II GG	104
II. Quantitative Erwägungen	104
III. Explizite Benennung als eigentliches Novum – Betrachtung als wider- streitende Präjudizien	106
IV. Stimmiges Gesamtkonzept erforderlich	109
D. Fazit: Veränderung erforderlich	111

*2. Kapitel***Alternative Ansätze zur Behandlung
täterbelastender Rechtsprechungsänderungen**

	112
A. Subjektive Ansätze	112
I. Zumutbarkeit	112
II. Analoge Anwendung des § 17 StGB	115
III. Vorwerfbarkeit	117
IV. Angepasste Anwendung des § 17 StGB	118
1. Ansätze zur Behandlung der bedingten Unrechtseinsicht	118
a) Ausbau des kognitiven Elements	118
b) Ausbau eines voluntativen Elements	120
c) Kein Unrechtsbewusstsein bei bloß bedingter Unrechtseinsicht ..	121
2. Bedenken gegen eine Anwendung des § 17 StGB und Bewertung ...	122
a) Begrifflichkeit des Irrtums	122
b) Vorwurf an den Täter	125
c) Staats- und Bürgerbild des GG	126
d) Folgen für die Behandlung der täterbelastenden Rechtsprechungs- änderung	128
V. Zwischenfazit und Bewertung	132
B. Objektive Ansätze	133
I. Anwendung des allgemeinen Vertrauensschutzes	133
1. Hintergrund	133
2. Allgemeine Voraussetzungen	137
a) Vertrauensgrundlage	139
b) Vertrauen	141
c) Vertrauensbetätigung	145
d) Schutzwürdigkeit	146
3. Rechtsfolgen	148
4. Anwendbarkeit und Leistungspotenziale	149
a) Zulässigkeit des Rückgriffs auf den allgemeinen Vertrauensschutz	149
aa) Gesichtspunkt des § 17 StGB	150
(1) Vorrangige Anwendung einfachrechtlicher Ausformungen?	150
(2) Sinnhaftigkeit der Anwendung mit Blick auf Schutz- niveaus	152
bb) Gesichtspunkt des Art. 103 II GG	152
b) Darstellbarkeit einer rein objektiven Lösung	155
c) Prüfungspunkt der Schutzwürdigkeit im Strafrecht	158
5. Zwischenfazit und Bewertung	159
II. Anwendung des Rückwirkungsverbots des Art. 103 II GG	160
1. Hintergrund	160

2. Argumentationsansätze für und gegen die Anwendung auf Rechtsprechungsänderungen	160
a) Wortlautargumente	160
b) Historische Argumente und Verfassungswandel	162
aa) Weg und Begrenzung eines Verfassungswandels	162
bb) Argumentation Danneckers gegen die Einbeziehung in den Normbereich des Art. 103 II GG	165
cc) Neue Standortbestimmung unter Einbeziehung der Präzisierungspflicht	165
c) Argumente aus Einbeziehung der positiven Generalprävention	167
d) Argumente aus Erwägungen zum Charakter von Gerichtsentscheidungen und Normen	168
aa) Gemeinsamkeiten und Unterschiede von Gesetzgebung und Rechtsprechung	168
bb) Argumentation über Normtheorie	171
cc) Anknüpfung an eine Präjudizienlehre	173
3. Praktikabilität und möglicher Inhalt einer solchen Anwendung	174
a) Vom Prozessrecht ausgehende Einwände	175
b) Art. 103 II GG als abwägungsresistentes grundrechtsgleiches Recht	177
4. Zwischenfazit und Bewertung	180
C. Fazit: Anknüpfung an Art. 103 II GG vorzugswürdig	181

3. Kapitel

Entwicklung eines austarierenden Maßstabs	182
A. Vorhandene Ansätze	182
I. Nicht abschichtende Ansätze	182
II. Formale Ansätze	183
1. Revisionsgerichtliche Entscheidungen	184
2. Einbeziehung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen	186
3. Höchststrichterliche Entscheidungen	189
4. Entscheidungen des Großen Senats für Strafsachen oder der Vereinigten Großen Senate	190
5. Entscheidungen des allein zuständigen Senats	191
6. Zwischenfazit und Bewertung	193
III. Inhaltliche Ansätze	193
1. Präzisierende Rechtsprechung	194
a) Ergebnisse präzisierender Rechtsprechung	195
b) Gegenstand präzisierender Rechtsprechung	197
c) Kennzeichnung präzisierender Rechtsprechung	198
2. Gesetzesergänzende Rechtsprechung	199
3. Mit gesetzgeberischer Tätigkeit vergleichbare Rechtsprechung	201

4. Unwerturteil verändernde Rechtsprechung	203
5. Gewohnheitsrecht	206
6. Dezisionistisch strafunrechtskonstituierende Rechtsprechung	208
7. Zwischenfazit und Bewertung	210
IV. Empirische und inhaltlich-empirische Ansätze	210
1. Bestimmten Grad an Selbstreferenzialität erreichende Recht- sprechung	210
2. Kombination mit inhaltlichen Aspekten	213
3. Einordnung der Rechtsprechung des BVerfG	214
V. Zwischenfazit und Bewertung	215
B. Abschichtung im Rahmen des Rückwirkungsverbotes	216
I. Vertrauensgrundlage	218
1. Voraussetzungen	218
a) Allgemeinheit und Konkretheit	218
b) Revisionsgerichtliche Entscheidung	221
2. Nicht überzeugende Voraussetzungen	222
a) Keine Beschränkung auf veröffentlichte Entscheidungen	222
b) Keine Beschränkung auf tragende Erwägungen	222
3. Verstärkende Faktoren	226
a) Formale Kriterien	226
b) Inhaltliche Kriterien	227
c) Empirische Kriterien	227
II. Vertrauenswürdigkeit	228
1. Richterliche Ankündigungen	229
a) Formell	229
aa) <i>Prospective overruling</i>	229
bb) <i>Obiter dicta</i>	231
(1) Technik des <i>obiter dictums</i>	231
(2) Zulässigkeit	233
(3) Rechtsunsicherheitserhöhungsverbot	234
(4) Bedeutung für die täterbelastende Rechtsprechungs- änderung	237
b) Informell	238
2. Rezeption in der Wissenschaft	240
III. Abschichtung im Einzelfall und Rechtsfolge	242
1. Ausgangspunkt und mögliche Fallkonstellationen	242
2. Entscheidung anhand „spezifizierter fallgebundener Ähnlichkeits- regeln“	244
a) Ansatz der spezifizierten fallgebundenen Ähnlichkeitsregeln	245
b) Anwendung auf die täterbelastende Rechtsprechungsänderung	248
aa) BVerfG BeckRS 2011, 52468	248
bb) Bedeutung für den hier vertretenen Ansatz	248
IV. Zwischenfazit und Überblick	249

4. Kapitel

Beispielhafte Anwendung des Ansatzes – Bewertung einzelner Rechtsprechungsänderungen	252
A. HSH Nordbank – Zu den Mindestbedingungen einer Vertrauensgrundlage . .	252
I. Der Fall	252
II. Analyse	253
1. Vertrauensgrundlage	253
2. Fazit	256
B. Absenkung der „Promillegrenze“ auf 1,1 % – Nichtgenügen einer bloß informellen Änderungsankündigung	257
I. Der Fall	257
II. Analyse	257
1. Vertrauensgrundlage	257
2. Vertrauenswürdigkeit	259
3. Fazit	260
C. Parteiverrat – (Vermeintliche) Evidenzentscheidung des BVerfG	260
I. Der Fall	260
II. Analyse	261
1. Vertrauensgrundlage	261
2. Vertrauenswürdigkeit	261
3. Abschichtung und Fazit	264
D. „Gebrauchen“ i. S. des § 281 StGB – Keine Entwicklung, sondern offenes Nebeneinander unterschiedlicher Begriffsbedeutungen	264
I. Der Fall	264
II. Analyse	265
1. Vertrauensgrundlage	265
2. Vertrauenswürdigkeit	265
3. Fazit	266
E. Abkehr von der Teilselbstanzeige – Plötzlicher Kurswechsel durch die Rechtsprechung	267
I. Der Fall	267
II. Analyse	268
1. Vertrauensgrundlage	268
2. Vertrauenswürdigkeit	269
3. Fazit	269
Zusammenfassung der Ergebnisse	271
Literaturverzeichnis	274
Stichwortverzeichnis	298

Hinführung

A. Einleitung

Wer die (strafrechtliche) Rechtslage in der Praxis einzuschätzen hat, wird wie selbstverständlich insbesondere Gerichtsentscheidungen auswerten.¹ Der Rechtsanwalt etwa hat sich bei der Beratung seiner Mandanten grundsätzlich an der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu orientieren.² Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, wie der Bürger im Fall der Änderung einer strafrechtlichen Rechtsprechung zu schützen ist. Diese Frage ist seit Jahrzehnten umstritten.³ Im Wesentlichen werden drei Lösungsansätze vertreten: Die Anwendung des Rückwirkungsverbots des Art. 103 II GG,⁴ die Heranziehung des allgemeinen Vertrauensschutzes⁵ und eine Lösung auf Ebene der Schuld über § 17 StGB.⁶

Die fachgerichtliche Rechtsprechung wendet § 17 StGB an.⁷ Der Schutz des Betroffenen im Falle einer Rechtsprechungsänderung hängt damit – jedenfalls bei dogmatisch stringenter Handhabung der Norm – von den subjektiven Umständen der (fehlenden) Unrechtseinsicht und der Vermeidbarkeit ab.⁸ Schon ab den sechziger Jahren des zwanzigsten Jahrhunderts wurde dies immer wieder in Frage gestellt und die Anwendung des Rückwirkungsverbotes aus Art. 103 II GG auch auf Fälle der Rechtsprechungsänderung gefordert.⁹ Die fachgerichtliche Rechtsprechung hielt und hält indes weiterhin an ihrer hergebrachten Ansicht fest, für sie ist alleiniger Adressat des Rückwirkungsverbotes des Art. 103 II GG damit der Gesetzgeber.

¹ Vgl. etwa *Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung, S. 1.

² OLG Brandenburg BeckRS 2020, 24096 Rn. 13 m. w. N.

³ Vgl. etwa *Tröndle*, FS Dreher, S. 117 ff.

⁴ Etwa *Hettinger/Engländer*, FS Meyer-Goßner, S. 145 ff.

⁵ BVerfG BeckRS 2011, 52468.

⁶ Etwa *Jakobs*, AT, Abschn. 4 Rn. 82; SK StGB-*Jäger*, § 1 Rn. 16. Dabei kommt es zu Überschneidungen, namentlich das BVerfG sieht in der Anwendung des § 17 StGB einen Ausdruck des verfassungsrechtlich gebotenen Vertrauensschutzes (BVerfG BeckRS 2011, 52468 Rn. 16; (objektiv verstandenen) Vertrauensschutz hingegen von § 17 StGB abgrenzend LK-*Dannecker/Schuhr*, § 1 Rn. 444).

⁷ BVerfG BeckRS 2011, 52468; BGHSt 37, 55, 67 ff.; BGH NJW 1976, 1949, 1950; vgl. BGHSt 55, 121, 130.

⁸ *Rudolphi*, Unrechtsbewusstsein, S. 105 ff.

⁹ Vgl. *Tröndle*, FS Dreher, S. 117 m. w. N.

Im Jahr 2010 kam Bewegung in die Diskussion um die neben dem Rückwirkungsverbot andere Facette des Art. 103 II GG, die klassischerweise als an den Gesetzgeber adressiert verstanden wird, das Bestimmtheitsgebot.¹⁰ In seinem „Juni-Beschluss“¹¹ hatte das BVerfG über die ausreichende Bestimmtheit des § 266 StGB zu entscheiden, welche es im Ergebnis bejahte. Dies wurde auch damit begründet, dass die Rechtsprechung ausdrücklich in den Adressatenkreis des Bestimmtheitsgebots einbezogen wurde. Durch präzisierende und konkretisierende Auslegung habe sie Unklarheiten über den Anwendungsbereich von Strafnormen „nach Möglichkeit auszuräumen (Präzisierungsgebot)“^{12, 13}. So kommt der Rechtsprechung nach dem Verständnis des BVerfG bei der Schaffung eines i. S. des Art. 103 II GG „bestimmten“ Strafrechts eine konstitutive Aufgabe zu.

Je großzügiger die Anforderungen an das Bestimmtheitsgebot gehandhabt werden, desto weniger kann das Rückwirkungsverbot seine Schutzwirkung entfalten – beide Ausprägungen des Art. 103 II GG hängen somit eng miteinander zusammen.¹⁴ Angesichts des neuen Impulses durch das BVerfG beim Bestimmtheitsgebot erscheint es somit naheliegend, auch neue Impulse für die Diskussion um die Behandlung der täterbelastenden Rechtsprechungsänderung zu erwarten. Dies gilt umso mehr, als das BVerfG im „Juni-Beschluss“ selbst ausführte, dass aus der Präzisierungspflicht auch folgen könne, dass Rechtsprechungsänderungen strengeren Maßstäben unterliegen als dem allgemeinen Vertrauensschutz.¹⁵ In der Debatte um die täterbelastende Rechtsprechungsänderung wurde die Präzisierungspflicht dann auch aufgegriffen; namentlich wird festgestellt, dass bei Anerkennung einer Präzisierungspflicht eine strengere Handhabung der täterbelastenden Rechtsprechungsänderung angezeigt erscheint.¹⁶ Ausführliche Würdigungen des Verhältnisses von Präzisierungspflicht und Streit um die Behandlung der täterbelastenden Rechtsprechungsänderung sind hingegen rar.¹⁷ Zu konstatieren ist ferner, dass zur nachgelagerten Frage, bei der Änderung *welcher* Rechtsprechungsstände

¹⁰ Zu den Adressaten der verschiedenen Aspekte des Art. 103 II GG *Roxin/Greco*, AT I, § 5 Rn. 7.

¹¹ BVerfGE 126, 170.

¹² BVerfGE 126, 170, 198.

¹³ Im Folgenden werden die Begriffe Präzisierungsgebot und Präzisierungspflicht synonym verwendet.

¹⁴ *Gross*, GA 1971, 13, 16.

¹⁵ BVerfGE 126, 170, 199.

¹⁶ Etwa *Matt/Renzikowski-Basak*, § 1 Rn. 27; *MüKo StGB-Schmitz*, § 1 Rn. 40; *AnwaltK-Gaede*, § 1 Rn. 42.

¹⁷ Aber etwa *Neumann*, FS Beulke, S. 197 ff.; *Leite*, GA 2014, 220 ff.; vgl. *Corneilius*, GA 2015, 101 ff.

Schutz bestehen soll, oftmals lediglich Schlagworte genannt werden.¹⁸ Die fachgerichtliche Rechtsprechung hat unter Billigung des BVerfG¹⁹ an ihrer Anwendung des § 17 StGB festgehalten.

Diese Arbeit betrachtet daher das Problem der täterbelastenden Rechtsprechungsänderung im Strafrecht unter besonderer Berücksichtigung der Präzisierungspflicht. Aus dieser Perspektive soll zunächst ein dogmatisch überzeugender Lösungsweg gefunden werden. Dann soll ein konkreter, praktisch handhabbarer Vorschlag zur Abschtung von Rechtsprechungsständen gemacht werden, anhand dessen die Entscheidung getroffen werden kann, in welchen Konstellationen der Betroffene zu schützen ist.

B. Gang der Abhandlung

Die Arbeit leistet in ihrem ersten Kapitel eine Bestandsaufnahme und untersucht den so freigelegten *status quo*. Dazu wird zunächst die Behandlung der täterbelastenden Rechtsprechungsänderung in der Praxis dargestellt. Es werden der dogmatische Hintergrund, auf welchem die Anwendung des § 17 StGB gründet, und die praktische Handhabung des Verbotsirrtums durch die Fachgerichte erläutert, namentlich die dabei hoch angesetzten Anforderungen an die Unvermeidbarkeit eines Verbotsirrtums.²⁰ Außerdem werden die Vorgaben des BVerfG zur täterbelastenden Rechtsprechungsänderung im Allgemeinen, d. h. noch unter Ausklammerung des „Juni-Beschlusses“, aufgezeigt.

Sodann wird der „Juni-Beschluss“ aufgearbeitet und das Konzept der Präzisierungspflicht analysiert: Ausgehend von der Entscheidung des BVerfG werden der Gehalt des Präzisierungsgebots abgesteckt und sein Hintergrund – seine Vorbereitung in Rechtsprechung und Literatur – beleuchtet. Im Anschluss wird die Präzisierungspflicht selbst auf ihre Berechtigung hin untersucht, denn aus einer in Begründung und/oder Ergebnis abzulehnenden Rechtsprechung ließen sich kaum sinnvolle Schlüsse für einen anderen

¹⁸ Etwa MüKo StGB-Schmitz, § 1 Rn. 40: Rückwirkungsverbot insbesondere bei präzisierender Rechtsprechung; Huber/Voßkuhle-Aust, Art. 103 Rn. 124: „Bedenken aufgrund des Rückwirkungsverbots kommen daher nur gegenüber der unangekündigten Änderung der Bewertungsgrundlage einer gefestigten Rechtsprechung in Betracht, die das Risiko einer Bestrafung für einen informierten Durchschnittsadressaten ausgeschlossen erscheinen lassen musste“; G/J/W-Bock, § 2 Rn. 17: Rückwirkungsverbot bei quantifizierenden Regeln der Rechtsprechung wie BAK; Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke-Schmahl, Art. 103 Rn. 78 m. w. N.: Rückwirkungsverbot bei Änderung einer gesetzesergänzenden Rechtsprechung, die strafrechtliches Unwerturteil modifiziert, „indem sie eine gefestigte höchstrichterliche Rspr. zu einem weiten Tatbestandsmerkmal änder[t]“.

¹⁹ BVerfG BeckRS 2011, 52468.

²⁰ Vgl. dazu etwa Gaede, HRRS 2013, 449, 456 ff.